



רשות ההגבלים העסקיים

**הכרזה על בעל מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים,
התשמ"ח-1988:**

אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ – בעלת מונופולין במתן שירות אבטחת תעופה בחוץ לארץ

בהתאם לסמכותי לפי סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, הריני מכריז על אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (להלן: "אל על") כעל בעלת מונופולין במתן שירות אבטחת תעופה בחוץ לארץ, על-פי הנחיות מקצועיות הניתנות לחברות תעופה בהתאם להוראות החוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, ועל-פי חוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), התשל"ז-1977, לגבי נוסעים ומטען בטיסות נוסעים.

א. מבוא

חברות התעופה הישראליות - אל על, סאן דור נתיבי אויר בינלאומיים בע"מ (להלן: "סאן דור"), שהיא חברת בת של אל על, ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (להלן: "ארקיע") וישראיר תעופה ותיירות בע"מ (להלן: "ישראיר") (להלן ביחד: "חברות התעופה הישראליות") מוגדרות כולן כ-"גופים ציבוריים" על-פי החוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים.¹ פעילותן של חברות התעופה הישראליות בחו"ל מותנית בנקיטה באמצעי האבטחה המתאימים הנקבעים בהתאם להנחיות המקצועיות הניתנות על-ידי שירות הביטחון הכללי (להלן: "שב"כ") בהתאם לחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים. חברות התעופה הישראליות כפופות גם לחוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), המסמך את שר התחבורה ליתן להן הוראות לנקוט באמצעי ביטחון.

בדיקת רשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") העלתה כי לאל על נתונה בלעדיות במתן שירותי אבטחת נוסעים ומטען בטיסות נוסעים של חברות התעופה הישראליות מישראל ליעדים בחוץ לארץ, ומיעדים מחוץ לארץ לישראל וכן בין יעדים בחוץ לארץ, והכל על-פי הנחיות מקצועיות הניתנות לחברות תעופה בהתאם להוראות החוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, ועל-פי חוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), התשל"ז-1977, לגבי נוסעים ומטען בטיסות נוסעים (כל אלה להלן: "שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ").

בדיקת שוק שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ ומעמדה של אל על בו החלה לאחר הודעתה של אל על למשרד התחבורה על כוונתה לחדול ממתן שירותי אבטחת התעופה על-ידה עד ל-1.4.2011 –

¹ ראו סעיף 1 ותוספת ראשונה לחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים.

הודעה שבאה על רקע כוונתו של המשרד אז להקים רשות אבטחה ממלכתית חלף אגף הביטחון של אל על. בינתיים גובשה הסכמה בין משרדי הממשלה הנוגעים בדבר ובין אל על, במסגרתה הוסדרו, בין היתר, מימון חלק מעלות שירותי האבטחה על-ידי המדינה והמשך מתן השירותים על-ידי אל על לארקיע ולישראיר.² אולם למרות שבעקבות ההסכמות הנ"ל הובטח המשך מתן שירותי אבטחת התעופה בחוץ לארץ לישראיר ולארקיע, נותרה בעינה תלותן של ארקיע וישראיר באל על לצורך פעילותן השוטפת בחו"ל. בהתאם, נותר אף החשש שמא תנצל אל על את מעמדה המונופוליסטי במתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ. מכאן חשיבותה של הכרזה זו.

ב. אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ

אל על, חברת התעופה הותיקה בישראל, נוסדה בשנת 1948 על-ידי המדינה, ונחשבת כ-"מוביל לאומי" של מדינת ישראל. בתחילת 2005 הושלמו תהליכי הפרטת אל על, והיום היא חברה ציבורית המוחזקת על ידי כנפיים אחזקות בע"מ (כ-39%) אשר בשליטת משפחת בורוביץ, הציבור (כ-36%), והשאר בעיקר בידי עובדי אל על ומנהליה. בנוסף, אל על הינה הבעלים של סאן דור, העוסקת בהובלת נוסעים ומטען בטיסות שכר.

אל על מפעילה טיסות סדירות בין ישראל למדינות רבות בעולם והיא מובילה בדרך האוויר נוסעים ומטען (כולל כבודה ודואר). בנוסף, מפעילה אל על גם טיסות שכר בינלאומיות. אל על עוסקת גם במתן שירותים שונים בתחום התעופה (כגון החכרת ציוד טיסה ואספקת מזון למטוסים), מכירת מוצרים פטורים ממכס, הספקת שירותי בידוק ותחזוקה בנמל התעופה בן-גוריון, מכירת שירותי תיירות ושיווק טיסות שכר וכמובן במתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ – השירותים מושא החלטה זו.

אל על הוכרזה בעבר על-ידי הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה") כבעלת מונופולין בהובלת נוסעים רגישי זמן ורגישי מחיר בשווקי תעופה ליעדים יוהנסבורג, הונג קונג, בנגקוק ובומביי.³ כאמור לעיל, בדיקת הרשות העלתה כי אל על הינה בעלת מונופולין בשוק נוסף – מתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ.

ג. הגדרת השוק הרלוונטי וזיהוי בעל מונופולין - כללי

בטרם נפרט את ממצאי בדיקת הרשות, נתייחס בקצרה לבסיס המתודולוגי להחלטה. סעיף 26(א) לחוק קובע כדלקמן:

² להסכמות אלה ניתן ביטוי בהחלטה 4026 של הממשלה ה-32 "השתתפות בהוצאות הביטחון של חברות התעופה הישראליות" (25.12.2011).

³ הכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – בעלת מונופולין בהובלת נוסעים רגישי זמן ורגישי מחיר בשווקי תעופה ליעדים יוהנסבורג, הונג קונג, בנגקוק ובומביי, הגבלים עסקיים 5000135 (27.10.2005).

"יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד".

המבחן הקבוע בחוק לקיומו של בעל מונופולין הוא מבחן מבני-עובדתי, לפיו כל אדם אשר חלקו באספקה (או ברכישה, לפי העניין) עולה על מחצית מכלל הנכסים או השירותים בשוק רלוונטי הוא בעל מונופולין.

הגדרת השוק הרלוונטי הינה פרי של ניתוח מתודולוגי של המציאות הכלכלית, החותר לאיתור קבוצת המוצרים או השירותים המצומצמת ביותר, אשר, לו הייתה בשליטתו של ספק יחיד, אותו ספק יחיד יכול היה לפגוע בתנאי האספקה (כגון איכות, מחיר, מגוון וכו') של השירות, בהשוואה לתנאי האספקה שהיו נקבעים בתנאי תחרות, בשיעור קטן אך משמעותי ולפרק זמן שאיננו בר חלוף, ובכך להגדיל את רווחיו. יכולת זו מכונה כוח שוק.

בחינת קיומו של מונופולין במוצר או בשירות מסוים מתחילה מהמוצר או השירות הנבחן, כאשר המטרה היא לבחון אם יש מקום להרחיב את גבולות השוק הרלוונטי אל מעבר לאותו מוצר או שירות, באופן שייכללו בו תחליפים קרובים למוצר הנבחן, אם לאו. בדיני התחרות מקובל לערוך את בחינת התחליפיות מנקודת המבט של הצרכן הנזקק לאותם מוצרים או שירותים, ובהתאם, הקריטריון המרכזי להכללת מוצרים או שירותים בשוק אחד הוא מידת התחליפיות ביניהם בעיני הצרכן. כלל הוא, כי לא כל מידה של תחליפיות תביא להכללת מוצר או שירות בשוק הרלוונטי. כדי לכלול מוצרים או שירותים בשוק אחד נדרשת תחליפיות קרובה⁴ ביניהם, שיש בה לרסן כוח שוק.

הממונה עמד פעמים רבות בעבר על המבחנים המקובלים בדין הישראלי להגדרת השוק, ובראשם מבחן "המונופול ההיפותטי" והמבחנים המסייעים לו, אשר יכולים ללמד על מידת התחליפיות בין השירות הנבחן ואלה הנחזים כתחליפים קרובים לו (היעוד הפונקציונאלי של השירותים, הבדלי איכות ביניהם, מחירי השירותים והתנודות בהם על-פני זמן, התחליפיות מנקודת מבטם של הנפשות הפועלות בשוק, ועוד).⁵ לאחר מיפוי התחליפים הקרובים לשירות הנבחן, באה העת לבחון את היקף האספקה של כל אחד מהשירותים הנ"ל, וזאת על-מנת לאמוד את חלקו של האדם המספק את השירות הנבחן מתוך כלל השירותים הניתנים.

בענייננו, כפי שנסביר להלן, הדרך להגדרת השוק ולזיהוי מעמדה של אל על כמונופולין עוברת דרך הוראות החקיקה הראשית והנחיות רשויות המדינה, אשר לפיהן נדרשות חברות התעופה הישראליות לא רק לקבל שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ, אלא גם לעשות שימוש דווקא בשירותי אבטחת התעופה הניתנים על-ידי אל על. בנסיבות אלה, בהן השוק נוצר והוגדר, הלכה למעשה, על-ידי המחוקק והרשויות המוסמכות, ובהן הרשויות המוסמכות הן המגבילות את מספר המתחרות בשוק הזה לאחד, הגדרת השוק ברורה כמעט מאליה, וברור גם שיש מתחרה אחת המרכזת בידה את מתן כלל השירותים.

⁴ ה"ע 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2003(2) 5587, ס' 11-8 לפסק הדין.

⁵ לפירוט נוסף בעניין מבחן המונופול ההיפותטי ראו למשל ה"ע 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2001(3), 39047, בסעיף 32-28 וההפניות שם.

ד. שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ ומעמדה של אל על באספקתם

במשך השנים היוותה אל על (כמו גם חברות תעופה אחרות המפעילות טיסות לישראל) יעד למתקפות טרור. אל על נדרשה להתמודד עם מספר לא מבוטל של ניסיונות לפגוע במטוסיה ובנוסעיה באוויר או על הקרקע, כאשר חלקם, למרבה הצער, צלח. מענה לאיומים האלה ניתן בדמות נקיטה באמצעי ביטחון שונים, ובין היתר על-ידי אל על עצמה באמצעות אגף הביטחון שלה. עם השנים החלה אל על, בהוראת המדינה, ליתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ גם לארקיע (שאף היא החלה דרכה כחברה ממשלתית בשנות ה-60 והופרטה במהלך שנות ה-80) ובהמשך גם לישראיר. גם כיום, כשבע שנים לאחר השלמת תהליך הפרטת אל על והפיכתה לחברה ציבורית, אל על הייתה ועודנה החברה היחידה העוסקת במתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ.

מטבע הדברים, רוב הפרטים הנוגעים לאמצעי הביטחון הננקטים ולפעילות אגף הביטחון של אל על הינם סודיים, ואין מקום לפרטם כאן. לענייננו חשוב לציין כי השב"כ ומשרד התחבורה נותנים הנחיות מקצועיות מפורטות לאגף הביטחון של אל על, המתייחסות הן להיבטים כלליים של אבטחת תעופה בכלל, הן לסידורי ביטחון פרטניים שעל אגף הביטחון של אל על ליישם בכל אחד מן היעדים אליהם טסות חברות התעופה הישראליות בחוץ לארץ.

ואולם, על אף מעורבותן של רשויות המדינה, פעילות האבטחה מתוכננת, מנוהלת ומבוצעת על-ידי אגף הביטחון של חברת אל על. במסגרת זאת אחראית אל על, בין היתר, על ניהול משאבי כוח האדם והציוד הדרושים למתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ עבור כל חברות התעופה הישראליות. דוגמה להיקף שיקול הדעת שנתון לאל על במתן השירותים מצויה דווקא בעדותה של אל על על עצמה כמי שמעניקה שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ לארקיע וישראיר מעבר למינימום שלטענתה מתחייב ממנה מכוח אמות המידה להקצאת משאבי אגף האבטחה, הנקבעות על-ידיה באישור השב"כ. בדיקת הרשות העלתה כי לאל על נותר חופש פעולה לנהל את אגף הביטחון שלה, כמו גם את השירות שהיא מעניקה לארקיע וישראיר כמפורט להלן, ואין לומר שכל פעילותו של האגף, על מעשיו או מחדליו, הם פרי של כפיית הרשויות המוסמכות.

כאמור לעיל, כמו אל על, גם ארקיע וישראיר כפופות לחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים ולחוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית) ומחויבות לפעול על-פי הוראותיהם ועל-פי ההנחיות המקצועיות הניתנות להן על-ידי השב"כ ומשרד התחבורה. לא למותר לציין, כי על-פי הוראות סעיף 12 לחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, רישיון העסק של חברות התעופה הישראליות מותנה בקיום ההנחיות הנ"ל, ובכלל זה ברכישת שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ מאל על. באופן דומה, על-פי סעיף 5 לחוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), אין להפעיל כלי טיס אלא אם ננקטו אמצעי הביטחון עליהם הורה שר התחבורה, כאשר גם על-פי הוראותיו נדרשות חברות התעופה הישראליות לרכוש שירותי אבטחה מחברת אל על.

פעילותן העסקית של ארקיע וישראיר בחו"ל תלויה אם כן בקבלת שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ מאגף הביטחון של חברת אל על ומעובדיו המזוהים עמה. בהתאם מנהלות ארקיע, ישראיר ואל על מערכות יחסים מסחריות סביב מתן השירותים על-ידי אל על. המגעים המתנהלים בין החברות, למשל לצורך תיאום בין פעילות אגף הביטחון ללוח הטיסות, העברת תשלומים בגין השירותים, התחשבנויות וכיו"ב, הם חלק אינהרנטי מפעילותן העסקית של חברות התעופה

הישראליות. במובן זה, עבור חברות התעופה הישראליות, שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ הם מבין התשומות החיוניות להן לפעילותן בחו"ל, ממש כמו שירותי תדלוק או תחזוקה למטוסייהן. לא למותר לציין כי בהתאם להחלטת הממשלה 4026 הנזכרת, ארקיע וישראייר (כמו גם אל על) נושאות בחלק לא מבוטל מעלות שירותי האבטחה, ולכך נודעת כמובן השלכה על התנהלותן המסחרית.

לבסוף נציין כי במסגרת הבדיקה נבחן גם מערך האבטחה של חברת ק.א.ל. קווי אוויר למטען בע"מ (להלן: "ק.א.ל."), ובאופן מיוחד – האם מדובר במערך תחליפי לזה של אל על. בדיקתנו העלתה כי אין כמעט דמיון בין פעילות מערך האבטחה של ק.א.ל. לפעילות אגף הביטחון של אל על. בתמצית נציין כי הואיל וק.א.ל. עוסקת אך ורק בהובלת מטענים וטסה ליעדים ספורים ברחבי העולם, הסיכונים הביטחוניים עמם ק.א.ל. נדרשת להתמודד שונים בתכלית מאלה שעמם מתמודדות חברות התעופה הישראליות המפעילות טיסות נוסעים. מכאן נובעים ההבדלים הניכרים גם בהיקף הפעילות וגם בטיבה. בהקשר זה די אם נציין כי ק.א.ל. אינה נדרשת להפעיל מערך בידוק לנוסעים, וכי באותם המקרים בהם מצטרפים נוסעים בודדים לטיסותיה, אף היא נדרשת לרכוש שירותי אבטחה מחברת אל על. בנסיבות אלה, אפילו בהתעלם מהמגבלות המשותפות על-ידי השב"כ ומשרד התחבורה, השירותים הניתנים על-ידי מערך האבטחה של ק.א.ל. לא יוכלו להוות תחליף קרוב לשירותי אגף הביטחון של אל על.

סיכומו של דבר, פעילותן של חברות התעופה הישראליות בחו"ל מותנית בקבלת שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ מאל על, וממנה בלבד. בנסיבות אלה, ברי כי אל על הינה בעלת מונופולין במתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ, וכי האמור בסעיף 26(א) לחוק מתקיים בכל הנוגע למתן השירותים הנזכרים.

ו. טענות אל על בשימוע

טרם פורסמה הכרזה זו הודיע הממונה לאל על כי הוא שוקל להכריז עליה כבעלת מונופולין כאמור והתאפשר לה להשמיע את טענותיה בעניין. אל על פרשה יריעה רחבה של טענות בשימוע, אשר נדחו לאחר שנשקלו בכובד ראש. בטרם נתייחס לעיקריות שבהן, חשוב לציין כי אל על לא חלקה על היותה הספקית הבלעדית של שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ.

ו.1 הטענה לגבי מעורבות המדינה ואופיים המיוחד של שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ

לשיטת אל על, שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ הינם שירותים בליבת סמכויותיו וחובותיו של הריבון ונושאים אופי "ממלכתי ציבורי". אל על מוסיפה וטוענת כי המדינה מעורבת עד צוואר במתן שירותי אבטחת תעופה בחוץ לארץ, שהרי אל על נוקטת באמצעי אבטחה על-פי ההנחיות המקצועיות הניתנות לה על-ידי השב"כ ומשרד התחבורה בהתאם לסמכותם החוקית. לשיטת אל על, העיסוק באבטחה, לא כל שכן באבטחת טיסות ארקיע וישראייר, נכפה עליה, וכל אפשרות לתחרות במתן השירותים נחסמת על-ידי המסגרת הקבועה על-ידי המדינה. אל על הסבירה כי מעורבות המדינה נוגעת גם להיבטים תפעוליים נוספים של מתן השירותים, הואיל וחלק נכבד מעובדי אגף הביטחון הם עובדי מדינה, המדינה מעורבת בקביעת גובה תקציב אגף הביטחון ופיקוח עליו, המדינה נושאת ברוב עלות האבטחה, וכיו"ב. לשיטת אל על, לאור מעורבות המדינה,

אין בידיה כוח שוק, ואין בכוחה להעלות את מחיר השירותים או להוריד תפוקה. לנוכח האמור, ומטעמים נוספים, סבורה אל על כי אין מקום להכריז עליה כעל בעלת מונופולין.

לאחר ששקלנו את הדברים, איננו רואים מחסום מהחלת דיני ההגבלים העסקיים על פעילות אגף הביטחון. ראשית, בערר 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, הגבלים עסקיים, תק-על 2/97, 5 בעמ' 17 (1997), קבע בית הדין להגבלים עסקיים כי דיני ההגבלים העסקיים חלים באופן גורף, אלא מקום בו ישנו פטור סטטוטורי מפורש:

"ככלל, בהעדר פטור סטטוטורי מפורש, הגישה העקרונית לטענה השוללת את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על יסוד פטור משתמע על פי דין, תהא שלילית.

נקודת המוצא בבחינתה של טענה כזו תהא, שיש לפרש את חוק ההגבלים העסקיים בהרמוניה עם דין אחר (בדרגה נורמטיבית זהה) החל על אותו עניין, ובאופן שאינו שולל את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים."

בהתאם, נקודת המוצא היא שיש לפרש את חוק ההגבלים העסקיים בהרמוניה עם ההוראות החוקים המסמיכים הנזכרים וההנחיות המקצועיות הניתנות על-פיהם. זהו הדין אפילו תחת ההנחה לפיה העיסוק באבטחה ומעמדה של אל על כספקית בלעדית באספקת השירותים נכפו עליה על-ידי המדינה (ראו שם, בעמ' 11):

"עצם העובדה שהמחוקק הפקיד בידו של תאגיד מונופולין סטטוטורי בתחום נתון, אין משמעה שהמחוקק היה מוכן להשלים עם כך שאותו תאגיד ינצל מעמד מונופוליסטי זה לפגיעה בציבור. לשון אחר, הקניית מעמד מונופוליסטי בחוק איננה עומדת בסתירה למניעת ניצולו של מעמד זה לרעה. חשש כזה עשוי בהחלט להצדיק נקיטת צעדים להגנת התחרות, בכלל זה, הפעלת הכלים הסטטוטוריים בחוק ההגבלים העסקיים. מבחינה זו, ככלל, החלת דיני ההגבלים העסקיים על תאגידים שמעמדם המונופוליסטי מעוגן בדין (ואיננו עוסקים כאן בתאגידים סטטוטוריים), לשם מניעת הניצול לרעה של מעמד זה, איננו עומד בסתירה לדינים המיוחדים החלים על אותם תאגידים."

מכאן, אפילו אם נניח כי מעמדה המונופוליסטי של אל על נכפה עליה, אין להסיק מכך שהמדינה ביקשה לפטור מפיקוח חוק ההגבלים העסקיים גם את פוטנציאל הפגיעה בתחרות או בציבור שעשויה להתלוות למעמד מונופוליסטי, ואין להסיק כי קיימת סתירה כלשהי בין דיני ההגבלים העסקיים לבין האסדרה הנוהגת על-ידי השב"כ או משרד התחבורה.

זאת ועוד, הגם שאין חובה להידרש לקיומו של כוח שוק בשלב ההכרזה על בעל מונופולין (ראו לעניין זה ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד תשנ"ט (2) 529, בפס' 28 (1999)), הרי שלמעלה מן הצורך נציין כי לא שוכנענו שאין ביכולתה של אל על להפעיל כוח שוק כלפי ארקיע וישראיר - מתחרותיה של אל על אשר להן תלות מוחלטת בשירותי אגף הביטחון שלה. נוסף, כי קיומה של מסגרת אסדרה נהגת על-ידי הרשויות המוסמכות אינה מהווה ערובה לכך שאל על תימנע מלהפעיל כוח שוק כלפי ארקיע וישראיר או לנקוט בצעדים שעלולים לדחוק אותן, חלקית או באופן מלא, מהשווקים שבהם הן מתחרות באל על.

לבסוף, נתייחס גם לעצם סיווג השירותים כבעלי אופי "ציבורי ממלכתי". ראשית, ספק בעינינו אם יש מקום לערוך אבחנה כזו בין שירותים, כדוגמת זו המוצעת על-ידי אל על. יהא סיווג אופים של השירותים מושא הכרזה זו אשר יהא, אופן מתן השירותים משליך ישירות על ההתנהלות העסקית והמסחרית של חברות התעופה. מכל מקום, אפילו היה מקום לערוך אבחנה כזאת, לאור

האמור לעיל באשר להתנהלות המסחרית המתקיימת בין ארקיע וישראייר לאל על סביב קבלת השירותים ממנה כחלק מפעילות העסקית של שלוש החברות, איננו סבורים שניתן היה לסווג את פעילות אגף הביטחון של אל על כפעילות שאינה עסקית או מסחרית.

2.1 הטענה לגבי חסינות אל על מהחלת דיני ההגבלים העסקיים מכוח דוקטרינת "הכפייה על-ידי המדינה"

לשיטת אל על, יש להחיל בעניינה את דוקטרינת הכפייה על-ידי המדינה, שמקורה בדין האירופי, ולפיה מקום בו המדינה כופה על חברה לפעול בתחום מסוים ומכתיבה לה את היקף ומתכונת שירותיה בתחום זה ובכפוף לתנאים נוספים, נסוגים דיני ההגבלים העסקיים (ראו גם ה"ע 491/98 חברת החשמל לישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 22.3.1999)).

ראשית נזכיר שוב כי מתן מעמד מונופוליסטי המוענק על-ידי המדינה אין משמעו פטור מתחולת דיני ההגבלים העסקיים. שנית, שאלת תחולת הדוקטרינה הנ"ל כלל אינה רלוונטית לנסיבות המקרה. על קצה המזלג, עניינה של הדוקטרינה הנוהגת בדין האירופי הוא בטענת חסינות מתחולת דיני ההגבלים העסקיים של פעילות הפוגעת בתחרות ומהווה הפרה של החוק, כאשר המעשה המפר הינו תוצאה ישירה של הוראה שניתנה על ידי המדינה. הכרזה זו אינה עוסקת בהפרה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים, אלא בתיאור תמונת שוק אספקת שירותי האבטחה לתעופה בחוץ לארץ, ועל כן איננו רואים מקום לדון בתחולת הדוקטרינה במקרה זה.

מעבר לכך, כפי שמסביר המלומד Whish, דוקטרינת "הכפייה על-ידי המדינה" אינה חלה מקום בו למפר מסור שיקול דעת באשר ליישום מדיניות ממשלתית (ההדגשות הוספו, הח"מ):⁶

"It is clear from the foregoing that the defence of state compulsion will succeed only rarely. For a successful defence it would seem that three requirements must be satisfied: First, the state must have made certain conduct *compulsory*: mere persuasion is insufficient; secondly, the defence is available only where there is a legal basis for this compulsion: this was considered by the Commission to be relevant in *Aluminium Producers*; and thirdly, there must be no latitude for individual choice as to the implementation of the governmental policy."

אפילו נניח לטובת אל על כי היסודות הראשון והשני מתקיימים, בהינתן שיקול הדעת המסור לאל על בניהול אגף הביטחון שלה, לא ניתן לומר כי כל מעשה או מחדל הנוגע לאבטחת תעופה בחוץ לארץ הוא פרי כפייה. בהתאם, היסוד השלישי להחלת הדוקטרינה בדין האירופי, אינו מתקיים.

3.1 תשובת אל על לטענות ארקיע וישראייר

במסגרת הליך השימוע הועברו לאל על טענות שונות שהעלו ארקיע וישראייר נגד התנהלותה של אל על. אל על מצדה השיבה באריכות לטענות שהועלו כנגדה על-ידי ארקיע וישראייר בקשר להתנהלותה במקרים פרטניים.

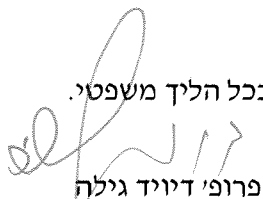
⁶ RICHARD WHISH, COMPETITION LAW p.135 (Oxford, 6th ed. 2009); ראו גם בעניין חברת החשמל הנ"ל, בפסקה 95.

דא עקא, שלצרכי הכרזה זו, די בכך שמתקיים באל על האמור בסעיף 26(א) לחוק, ואיננו נדרשים לקבוע דבר באשר לטענות ארקיע וישראייר ובאשר לתשובת אל על להן.

ו. סוף דבר - הכרזה

על סמך האמור לעיל, ומתוקף סמכותי לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אני מכריז בזה כי אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ הינה בעלת מונופולין במתן שירות אבטחת תעופה בחוץ לארץ, על-פי הנחיות מקצועיות הניתנות לחברות תעופה בהתאם להוראות החוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, ועל-פי חוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), התשל"ז-1977, לגבי נוסעים ומטען בטיסות נוסעים.

הכרזה זו בדבר היותה של אל על בעלת מונופולין תהא ראייה לכאורה בכל הליך משפטי.



פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ב אלול תשע"ב
9 בספטמבר, 2012